

# COMENTARIOS SOBRE LA PROCEDENCIA DE COMUNICAR LA DECISIÓN DE NO PERSEVERAR POR PARTE DEL MINISTERIO PÚBLICO, SIN QUE LA INVESTIGACIÓN ESTÉ CERRADA Y FORMALIZADA DE ACUERDO A LO ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 229 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL CHILENO<sup>1</sup>

NICOLÁS ORELLANA SOLAR<sup>2</sup>

## RESUMEN

Este trabajo nace con la finalidad de mostrar caminos para superar la contradicción que presenta el proceso penal chileno al reconocerle a la víctima el derecho a la acción penal, pero limitando su ejercicio al no permitírsele al querellante forzar la acusación sin que exista formalización previa. Con esto, se está declarando que quien tiene la llave procesal para que la víctima pueda forzar la acusación y subrogarse en los derechos del Ministerio Público no es el Juez sino el propio Fiscal. Ello afecta, a nuestro parecer, el derecho a la tutela judicial efectiva consagrada Constitucionalmente.

---

<sup>1</sup> Este trabajo esta construido sobre la base de un informe en derecho realizado por el autor en el año 2006.

<sup>2</sup> Abogado, licenciado en ciencias jurídicas por la Universidad Católica del Norte, egresado de la Maestría en Derecho Procesal de la Universidad Nacional de Rosario, Argentina. Actualmente es profesor Asistente Adjunto de la Universidad Bernardo O'Higgins y profesor de derecho procesal en la escuela de derecho de la Universidad de Las Américas.

Se plantea la improcedencia de la práctica procesal del Ministerio Público de comunicar la decisión de no perseverar en la investigación sin que exista formalización previa de la misma. A su vez, la resolución que tiene por comunicada la decisión de no perseverar en una investigación desformalizada, es una resolución que hace imposible la continuación del procedimiento, y al ocasionar un perjuicio para el querellante, es susceptible de recurso de apelación.

**Términos claves:** *forzamiento acusación - no perseverar - sin formalización previa.*

## COMMENTS ON THE RELEVANCE OF DISCLOSING THE NON PERSEVERANCE DECISION BY THE PUBLIC MINISTRY BEFORE CLOSING AND FORMALIZING THE INVESTIGATION PURSUANT TO THE STIPULATIONS OF ARTICLE 229 OF THE CHILEAN CODE OF CRIMINAL PROCEDURE

### ABSTRACT

This paper was created with the purpose to show ways to overcome the contradiction presented by the Chilean criminal process by recognizing the victim the right to prosecute, but limiting their exercise by not allowing the plaintiff to force the prosecution with no prior formalization. With this, it is declaring that who has the procedural key to force the victim to the indictment and subrogated to the rights of the Public Ministry is not the judge but the prosecutor, this affects, in our believe, the right to a constitutionally guaranteed effective judicial protection. This raises the inappropriateness of the procedural practices of the Public Ministry to communicate the decision not to pursue the investigation without any prior formalization of it. In turn, the resoluteness that has communicated the decision not to pursue a non formalized investigation is a resolution that makes impossible the continuation of proceedings, to cause injury to the plaintiff, is likely to appeal.

**Key words:** *not persevere without prior formalization - forcing prosecution.*

### DECISIÓN DE NO PERSEVERAR.

Luego de cerrada la investigación, el Fiscal tiene la opción de comunicar la decisión de no perseverar en el procedimiento por la insuficiencia de los antecedentes para fundamentar la acusación. Esta facultad se encuentra

establecida en el artículo 248 del Código Procesal Penal, que señala: *“Cierre de la investigación. Practicadas las diligencias necesarias para la averiguación del hecho punible y sus autores, cómplices o encubridores, el fiscal declarará cerrada la investigación y podrá, dentro de los diez días siguientes: ... c) Comunicar la decisión del Ministerio Público de no perseverar en el procedimiento, por no haberse reunido durante la investigación los antecedentes suficientes para fundar una acusación”*.

La comunicación de la decisión contemplada en la letra c) precedente dejará sin efecto la formalización de la investigación, dará lugar a que el juez revoque las medidas cautelares que se hubieren decretado y la prescripción de la acción penal continuará corriendo como si nunca se hubiere interrumpido.

Esta facultad no estaba incluida en el proyecto del Código Procesal Penal que el ejecutivo envió al congreso. El proyecto del Código contemplaba la posibilidad de sobreseimiento temporal por falta de antecedentes para fundamentar la acusación. Se planteaba la hipótesis de una investigación que por esta falta de pruebas no podía seguir adelante en forma inmediata, habiendo, no obstante, motivos para esperar el surgimiento de nuevos antecedentes con posterioridad. Se establecía una especie de sobreseimiento temporal por falta de antecedentes<sup>3</sup>. Sin embargo, el segundo informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, en discusión particular del artículo 318 del proyecto: *“...incluyó una tercera opción para el Fiscal, consistente en que comunique la decisión del Ministerio Público de no perseverar en el procedimiento, por no haberse reunido antecedentes suficientes para fundamentar una acusación. En todo caso, por consiguiente, no se decretará sobreseimiento, sino que, al igual que ocurre con la formalización de la investigación, se tomará conocimiento de una decisión del Ministerio Público, sobre la cual no le corresponderá pronunciarse al Juez de Garantía, sin perjuicio de la ulterior revisión que de ella pudiere efectuarse.”*<sup>4</sup> Como apreciamos, el legislador dejó establecido en la historia de la ley que la decisión de no perseverar, no es una medida definitiva que produzca los efectos de cosa juzgada de la instrucción o una renuncia absoluta y terminante por parte del Ministerio Público en su ejercicio de la acción penal pública, sino que por el contrario, es un reconocimiento que con los antecedentes que se han recopilado, no se encuentra en condiciones de sustentar una acusación

<sup>3</sup> . Horvitz, María Inés y López Julián, “Derecho procesal penal Chileno” tomo I, Edit. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, año 2004, p 585.

<sup>4</sup> Maturana Miquel, Cristian y otros, “Reforma procesal penal, génesis, historia sistematizada y concordada”, tomo II, Edit. Jurídica, Santiago de Chile año 2004, p. 346

en un juicio oral y público, pero ello no excluye la posibilidad que reunidos nuevos antecedentes el Ministerio Público pueda reabrir su investigación, formalizar ésta por los mismos hechos y acusar al imputado.<sup>5 6</sup>

La facultad de no perseverar o abandono de la investigación puede producirse una vez que el Fiscal cierra la investigación y después de haberla formalizado en contra de algún imputado, por no haberse podido recopilar los antecedentes necesarios para acusarlo, ni tampoco concurren las causales para decretar el sobreseimiento.

El profesor Alex Carocca señala como presupuestos procesales para tener por comunicada la decisión de no perseverar, los siguientes:

- Debe haberse iniciado una investigación en contra de un imputado determinado, la que debe haberse formalizado. Es evidente que si no se ha formalizado no rige el plazo de cierre de la investigación, ni tiene sentido adoptar esta decisión.
- El Fiscal no ha reunido durante la investigación los antecedentes suficientes para fundamentar una acusación, según las exigencias del propio Código Procesal Penal.
- La decisión debe ser adoptada por el fiscal y comunicada al Juez de Garantía.<sup>7</sup>

## **FORMALIZACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN COMO EJE PRINCIPAL DEL PROCEDIMIENTO ORDINARIO EN EL PROCESO PENAL.**

Sabemos que el proceso penal se puede iniciar por denuncia, querella o de oficio por parte del Ministerio Público<sup>8</sup>. El procedimiento ordinario se caracteriza porque requiere de una investigación previa por parte del ente

---

<sup>5</sup> Si se formalizara por hechos distintos, se imputa un delito desigual, o se atribuye participación a nuevas personas, no estaríamos precisamente frente a una reapertura de la investigación no perseverada, sino en verdad se presentaría una nueva investigación. Ahora bien, esta posibilidad que tiene el fiscal de reiniciar la investigación, estimo, pugna con el derecho que tiene el imputado al juicio previo y única persecución.

<sup>6</sup> En el sentido expuesto SCA Coyhaique, Rol Corte 120-2006, con fecha 13 de noviembre del año 2006.

<sup>7</sup> Carocca, Alex. "Manual el nuevo sistema procesal penal", tercera edición, Edit. Lexis-Nexis, Santiago de Chile, año 2005, p.206.

<sup>8</sup> Artículo 172.- "Formas de inicio. La investigación de un hecho que revistiere caracteres de delito podrá iniciarse de oficio por el ministerio público, por denuncia o por querrela".

persecutor para esclarecer el delito respecto del cual se ha tenido noticia<sup>9</sup>. Distingo en la investigación que realiza el Fiscal, en el marco de un procedimiento penal ordinario, dos grandes etapas. La primera, constituida por la instrucción preliminar, la cual es completamente desformalizada y tiene una naturaleza administrativa. En este periodo, la actividad del Fiscal y la policía se desarrollan sin ningún apego a ritualidades establecidas normativamente y por lo general sin intervención del imputado, quien incluso puede no estar enterado acerca de la existencia de la investigación que se sigue en su contra. La ventaja de esta etapa para el órgano de persecución penal radica en la mayor flexibilidad que tiene para llevar adelante su investigación, ya que ésta se puede desplegar en forma secreta y no existe por sobre todo un plazo máximo de investigación al cual debe regirse. En esta etapa, por regla general, el Ministerio Público se encuentra imposibilitado para realizar diligencias o solicitar medidas cautelares que puedan afectar derechos constitucionales de los investigados<sup>10</sup>. Es por ello que cuando dicha investigación requiere la adopción de diligencias o medidas que signifiquen afectación de los derechos de los imputados y que por consecuencia requieren de autorización judicial previa, se deberá producir una actuación formal, que es la formalización de la investigación, la cual tiene como efecto central un cambio en el régimen de la etapa de instrucción.<sup>11</sup>

Dentro de esta etapa de la investigación anterior a la formalización, podemos distinguir una sub etapa que llamaremos investigación judicializada desformalizada.<sup>12</sup>. Esta sub etapa nace en el momento que el Juez de Garantía intervine de alguna forma en la investigación, iniciada por denuncia o de ofi-

<sup>9</sup> No sucede lo mismo en el procedimiento simplificado del libro IV título I del Código Procesal Penal, ya que por regla general se inicia directamente con el requerimiento Fiscal, pidiendo se cite a audiencia.

<sup>10</sup> La excepción la contempla el Artículo 236.- "Autorización para practicar diligencias sin conocimiento del afectado. Las diligencias de investigación que de conformidad al artículo 9º requieren de autorización judicial previa podrán ser solicitadas por el fiscal aun antes de la formalización de la investigación. Si el fiscal requiriere que ellas se llevaren a cabo sin previa comunicación al afectado, el juez autorizará que se proceda en la forma solicitada cuando la gravedad de los hechos o la naturaleza de la diligencia de que se tratare permitiere presumir que dicha circunstancia resulta indispensable para su éxito. Si con posterioridad a la formalización de la investigación el fiscal solicitare proceder de la forma señalada en el inciso precedente, el juez lo autorizará cuando la reserva resultare estrictamente indispensable para la eficacia de la diligencia".

<sup>11</sup> Duce Mauricio y Riego Cristian, "Introducción al nuevo sistema procesal penal", Edit. UDP, Santiago de Chile, año 2004, p. 219.

<sup>12</sup> También es llamada por algunos autores, Horvitz y López, como investigación con control jurisdiccional a propósito de la referencia que se realiza en el encabezado del artículo 169 del Código procesal penal.

cio<sup>13</sup>, o porque dicha investigación fue impulsada en virtud de una querella declarada admisible por el Juez de Garantía y remitida a la Fiscalía. Los efectos de la judicialización de la investigación son, por una parte, que el Fiscal no podrá terminar la investigación por archivo provisional<sup>14</sup>, y, por la otra, que tampoco podrá finalizarla utilizando la facultad de no iniciar investigación<sup>15</sup>. Lo mismo ocurre en el caso de interposición de una querella, al existir control judicial, el Fiscal en este caso tampoco podrá aplicar los mecanismos de oportunidad o discrecionalidad contemplados en el nuevo proceso penal, como son el principio de oportunidad y los ya mencionados archivo provisional y la facultad de no inicio de la investigación<sup>16</sup>.

Como lo expresa claramente el inciso segundo del artículo 169 del Código Procesal Penal, si el Juez admite a tramitación una querella, el Fiscal deberá seguir adelante la investigación conforme a las reglas generales. Pues bien, corresponde preguntarse entonces ¿a qué “*reglas generales*” se refiere el legislador?. Estimo que el Código se refiere a las reglas generales de un procedimiento ordinario con investigación formalizada. En este sentido, si entendemos que la formalización de la investigación tiene como efecto central un cambio en el régimen en la etapa de instrucción, desde una investigación sin formalidades a una con sujeción al control del Juez de Garantía, la cual tiene mayor regulación normativa en el nuevo Código Procesal Penal, necesariamente debemos arribar a la respuesta que he dado precedentemente, pues a

---

<sup>13</sup> Pensemos por ejemplo, en una autorización judicial urgente que requiera el fiscal para entrada a un inmueble de propiedad del imputado, ya que hay peligro que se pueda alterar el sitio del suceso.

<sup>14</sup> Artículo 167.- “Archivo provisional. En tanto no se hubiere producido la intervención del juez de garantía en el procedimiento, el ministerio público podrá archivar provisionalmente aquellas investigaciones en las que no aparecieren antecedentes que permitieren desarrollar actividades conducentes al esclarecimiento de los hechos.

Si el delito mereciere pena aflictiva, el fiscal deberá someter la decisión sobre archivo provisional a la aprobación del Fiscal Regional.

La víctima podrá solicitar al ministerio público la reapertura del procedimiento y la realización de diligencias de investigación. Asimismo, podrá reclamar de la denegación de dicha solicitud ante las autoridades del ministerio público”.

<sup>15</sup> Artículo 168.- “Facultad para no iniciar investigación. En tanto no se hubiere producido la intervención del juez de garantía en el procedimiento, el fiscal podrá abstenerse de toda investigación, cuando los hechos relatados en la denuncia no fueren constitutivos de delito o cuando los antecedentes y datos suministrados permitieren establecer que se encuentra extinguida la responsabilidad penal del imputado. Esta decisión será siempre fundada y se someterá a la aprobación del juez de garantía”.

<sup>16</sup> Artículo 169.- “Control judicial. En los casos contemplados en los dos artículos anteriores, la víctima podrá provocar la intervención del juez de garantía deduciendo la querella respectiva.

Si el juez admitiere a tramitación la querella, el fiscal deberá seguir adelante la investigación conforme a las reglas generales”.

partir de la formalización se pueden adoptar decisiones fundamentales para el curso del proceso, tales como la presencia de un abogado defensor para el imputado si éste hasta ese momento no contase con uno de su confianza; la procedencia de medidas cautelares; la fijación de un plazo al Ministerio Público para finalizar su investigación; la modalidad del proceso en juicio inmediato; el acuerdo de proceder conforme al procedimiento abreviado; solicitar suspensión condicional del procedimiento o bien acuerdos reparatorios, sobreseimientos, facultades de no perseverar, etc. Recordemos finalmente que la formalización de la investigación es el acto de garantía por excelencia que tiene el imputado y los intervinientes en esta etapa, donde se informa que actualmente se sigue una investigación precisa y determinada en contra del primero<sup>17</sup>.

Como se aprecia, la regla general del proceso ordinario será entonces que la investigación se desarrolle dentro del marco de una investigación formalizada, ya que es esa investigación la que entrega mayores garantías para los intervinientes y que permite formas de término del proceso.<sup>18</sup>

Así podemos decir que en la etapa de investigación desformalizada, el Fiscal puede poner término al proceso mediante los mecanismos discrecionales de selección de casos como son el archivo provisional, el no inicio de la investigación y el principio de oportunidad. Si pretende aplicar otras formas de término, como el juicio oral, acuerdos reparatorios, suspensiones condicionales, sobreseimientos, comunicación de no perseverar, necesariamente

<sup>17</sup> Creo que en este punto hay que hacer una precisión sobre el contenido de la formalización. Se podría estimar que la formalización tiene un contenido de imputación, entonces esta tendría que tener un correlato con el resultado de la investigación, ¿qué pasaría entonces si de los antecedentes de la investigación resulta que el hecho no existe, se ha extinguido la responsabilidad penal o se acredita una eximente de responsabilidad penal? No parece razonable exigirle al Fiscal que formalice la investigación. Sin embargo sostengo, para darle coherencia hermenéutica al Código Procesal Penal, que la formalización debe ser interpretada como un acto de comunicación sobre la realización de una investigación, que tiene independencia de cualquier contenido imputativo.

<sup>18</sup> El Menaje del ejecutivo N° 110-331 de 1995, Título "Contenido del proyecto", subtítulo, 3, instrucción, señalaba a propósito de la formalización de la investigación que: "... Se trata de una institución procesal que obliga a formalizar y judicializar la instrucción, con el fin de otorgar garantías al imputado en cuanto al conocimiento de la existencia y contenido de la persecución penal que se dirige en su contra, a permitir su declaración judicial como medio de defensa frente a esa imputación y a dar lugar a la intervención del juez para el control de la actividad de investigación y las eventuales medidas cautelares". Código procesal penal y código de procedimiento penal, Editorial Lexisnexis, año 2003, p 16. Como se aprecia desde la propia historia de la ley, el control e intervención del Juez de Garantía suponía, por regla general, la existencia de formalización de la investigación como partida de la actuación jurisdiccional.



tendrá que seguir la investigación de acuerdo a las reglas generales, formalizando la investigación y luego tomando las decisiones que estime conveniente para en el ejercicio de la acción penal. Con esto, no negamos que la decisión del Ministerio Público de provocar intervención judicial por medio de la formalización es una facultad discrecional y eminentemente estratégica. Nadie puede obligar al Ministerio Público a formalizar investigación (salvo la facultad del imputado establecida en el artículo 186 del Código Procesal Penal). Sin embargo, si adopta soberanamente la decisión de poner término al proceso mediante un juicio oral, procedimiento abreviado, salida alternativa, sobreseimiento o decisión de no perseverar, deberá formalizar necesariamente la investigación. Si ha existido control judicial y a pesar de ello no decide formalizar, seguirán corriendo los plazos de prescripción y la defensa en su oportunidad, conforme lo establece el artículo 93 letra f) del Código Procesal Penal, podrá solicitar el sobreseimiento definitivo de la causa<sup>19</sup>.

Siendo la formalización de la investigación el eje principal del nuevo proceso penal, los casos en que el Ministerio Público puede pedir intervención del Juez de Garantía sin que exista formalización constituirán una excepción<sup>20</sup>, ya que la regla general será que el Juez de Garantía ejerza su labor con mayor intensidad una vez que la investigación esté formalizada. Los casos en que el Juez puede intervenir en el proceso, a petición del Fiscal, sin que exista formalización, están expresamente señalados en la ley, y son los siguientes:

- Control de detención<sup>21</sup>. Artículo 132 inciso primero Código procesal penal.
- Ampliación de la detención<sup>22</sup>. Artículo 132 inciso segundo Código procesal penal.

---

<sup>19</sup> Artículo 93.- “Derechos y garantías del imputado. Todo imputado podrá hacer valer, hasta la terminación del proceso, los derechos y garantías que le confieren las leyes. En especial, tendrá derecho a:

f) Solicitar el sobreseimiento definitivo de la causa y recurrir contra la resolución que lo rechazare”.

<sup>20</sup> La parte final del artículo 230 del Código procesal penal, contempla como excepcionales las intervenciones del Juez de Garantía antes de la formalización de la investigación, de hecho utiliza la frase “Exceptúense los casos expresamente señalados en la ley”.

<sup>21</sup> Artículo 132.- “Comparecencia judicial. A la primera audiencia judicial del detenido deberá concurrir el fiscal o el abogado asistente de fiscal. La ausencia de éste dará lugar a la liberación del detenido”.

<sup>22</sup> Artículo 132.- “Comparecencia judicial”. Inciso segundo  
“En la audiencia, el fiscal procederá directamente a formalizar la investigación y a solicitar las medidas cautelares que procedieren, siempre que contare con los antecedentes



- Solicitud de citación al imputado para comparecencia a una audiencia<sup>23</sup>. Artículo 123 Código procesal penal.
- Orden de detención solicitada por el Fiscal<sup>24</sup>. Artículo 127 Código procesal penal.
- Diligencias que afectan derechos establecidos en la Constitución de conformidad a lo señalado en el artículo 9 del Código procesal penal, en relación al artículo 236 del mismo cuerpo legal<sup>25</sup>.

**El problema de la solicitud del Fiscal de comunicar la decisión de no perseverar, sin que exista previamente formalización de la investigación.**

Estimamos que resulta improcedente por parte de la Fiscalía comunicar la decisión de no perseverar en la investigación sin que previamente exista una formalización. Reconocemos, sin embargo, que ésta es una práctica habitual en los Tribunales de Garantía, porque constituye una salida para el Ministerio Público con la cual pone término al proceso de manera expedita, forma que es aceptada por la defensa ya que no genera un perjuicio para el imputado.

---

necesarios y que se encontrare presente el defensor del imputado. En el caso de que no pudiere procederse de la manera indicada, el fiscal podrá solicitar una ampliación del plazo de detención hasta por tres días, con el fin de preparar su presentación. El juez accederá a la ampliación del plazo de detención cuando estimare que los antecedentes justifican esa medida”.

<sup>23</sup> Artículo 123.- “Oportunidad de la citación judicial. Cuando fuere necesaria la presencia del imputado ante el tribunal, éste dispondrá su citación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 33”.

<sup>24</sup> Artículo 127.- “Detención judicial. Salvo en los casos contemplados en el artículo 124, el tribunal, a solicitud del ministerio público, podrá ordenar la detención del imputado para ser conducido a su presencia, sin previa citación, cuando de otra manera la comparecencia pudiera verse demorada o dificultada. También se decretará la detención del imputado cuya presencia en una audiencia judicial fuere condición de ésta y que, legalmente citado, no compareciere sin causa justificada”.

<sup>25</sup> Artículo 236.- “Autorización para practicar diligencias sin conocimiento del afectado. Las diligencias de investigación que de conformidad al artículo 9º requirieren de autorización judicial previa podrán ser solicitadas por el fiscal aun antes de la formalización de la investigación. Si el fiscal requiriere que ellas se lleven a cabo sin previa comunicación al afectado, el juez autorizará que se proceda en la forma solicitada cuando la gravedad de los hechos o la naturaleza de la diligencia de que se tratare permitiere presumir que dicha circunstancia resulta indispensable para su éxito. Si con posterioridad a la formalización de la investigación el fiscal solicitare proceder de la forma señalada en el inciso precedente, el juez lo autorizará cuando la reserva resultare estrictamente indispensable para la eficacia de la diligencia”.

El problema se presenta cuando existe querellante en el proceso, ya que a éste puede ocasionarle un perjuicio esta forma de comunicar la decisión de no perseverar en la investigación, en la medida que al no estar formalizada la misma se podría poner en duda su derecho al forzamiento de la acusación. Ello se puede generar en razón de lo establecido en el artículo 259 del Código Procesal Penal, que indica que la acusación sólo podrá referirse a hechos y personas incluidos en la formalización de la investigación, con lo cual se podría alegar que para que proceda forzamiento de la acusación necesariamente debe existir formalización previa, so pena de infringir el principio de congruencia que debe existir entre la formalización – acusación - y sentencia. Vemos entonces, el detrimento que puede ocasionar al querellante la resolución del Juez de Garantía que tiene por comunicada una decisión de no perseverar sin formalización de la instrucción.

Si apreciamos la estructura del Código Procesal Penal, llegamos a la conclusión que el legislador al momento de referirse al cierre de la investigación (paso previo a ejercer la decisión de no perseverar en la investigación) en el párrafo 7 del libro II título I, *“Conclusión de la investigación”*, lo está haciendo sobre la base que el Ministerio Público ha formalizado la investigación. Así el inciso primero del artículo 247 del Código Procesal Penal, señala: *“Trascurrido el plazo de dos años desde la fecha en que la investigación hubiere sido formalizada, el Fiscal deberá proceder a cerrarla”*. Este artículo contempla el plazo legal de investigación que es de dos años a partir de la formalización, plazo que en conformidad a lo establecido en el artículo 234 del Código Procesal Penal, podría ser reducido por el Juez de Garantía, el cual, a cuyo vencimiento, producirá los mismos efectos establecidos en el artículo 247.<sup>26</sup>

Todo el tenor del artículo 247 del Código Procesal Penal, está fundamentado entonces en la idea que para que proceda el cierre de la investigación necesariamente el Fiscal debe haber formalizado investigación. El inciso 4 del referido artículo, a propósito del allanamiento del Fiscal para el cierre, indica que: *“...si el fiscal se allanare a la solicitud de cierre de investigación, deberá formular en la audiencia la declaración en tal sentido y tendrá el plazo de diez días para deducir acusación.”* Pues bien, si puede el órgano investigador

---

<sup>26</sup> Artículo 234.- “Plazo judicial para el cierre de la investigación. Cuando el juez de garantía, de oficio o a petición de alguno de los intervinientes y oyendo al ministerio público, lo considerare necesario con el fin de cautelar las garantías de los intervinientes y siempre que las características de la investigación lo permitieren, podrá fijar en la misma audiencia un plazo para el cierre de la investigación, al vencimiento del cual se producirán los efectos previstos en el artículo 247”.

formular acusación en este caso, es porque antes necesariamente debió formalizar la investigación.

El artículo 248 del Código Procesal Penal es otro ejemplo de presupuesto de formalización para el cierre de la investigación. Esta disposición en su inciso primero establece: *“Practicadas las diligencias necesarias para la averiguación del hecho punible y sus autores, cómplices o encubridores, el fiscal declarará cerrada la investigación y podrá dentro de los diez días siguientes...”*. Como se aprecia, el plazo de los diez días siguientes es el plazo que hace referencia el artículo 247 en su inciso cuarto y quinto, normativa que presupone la existencia de formalización, ya que el Ministerio Público no puede acusar sin haber antes formalizado.

A primera vista se puede utilizar como argumento contrario a lo expuesto precedentemente, que el artículo 248 del Código Procesal Penal es una hipótesis independiente del artículo 247, ya que esta norma regula las investigaciones donde existe formalización. En cambio, el artículo 248 del Código Procesal Penal contemplaría hipótesis de investigaciones tanto formalizadas como desformalizadas, fundado ello en que el encabezado del artículo 248 *-Cierre de investigación-* sólo contempla como presupuesto de cierre el que se hayan practicado por parte del Ministerio Público todas las diligencias necesarias para la averiguación del hecho punible, sus autores, cómplices y encubridores, no distinguiendo entre investigación formalizada y desformalizada<sup>27</sup>.

Este argumento no lo compartimos, en la medida que la interpretación sistemática del propio artículo 248 nos lleva nuevamente a entender que las posibilidades procesales que tiene el Fiscal luego de cerrar investigación se generan sólo respecto de una investigación formalizada. Señalamos ello, porque a lo menos las letras b) y c), del mencionado artículo, esto es, formular acusación y comunicación de no perseverar están redactadas en términos que presuponen la existencia de una formalización previa. Así la letra b) del artículo 248, señala que el Fiscal podrá formular acusación, *“cuando estimare que la investigación proporciona fundamento serio para el enjuiciamiento del imputado contra quien se hubiere formalizado la misma”*, es decir, para acusar hay que formalizar previamente. La letra c), por su parte, del artículo 248, razona en el mismo sentido. El Fiscal, dentro del plazo de diez días, podrá comunicar su decisión de no perseverar en el procedimiento, por no haber reunido durante la investigación antecedentes suficientes para fundar

<sup>27</sup> Criterio del Oficio del Fiscal Nacional del Ministerio Público, N° 099, de fecha 28 de febrero del año 2005, [www.ministeriopublico.cl/RepositorioMinpu/Archivos/Minpu/Selección%20de%20casos/099.doc](http://www.ministeriopublico.cl/RepositorioMinpu/Archivos/Minpu/Selección%20de%20casos/099.doc) ( visita 15.06.09)

su acusación. Fíjese “por no haberse reunido durante la investigación los antecedentes suficientes para fundar su acusación”. Necesariamente cuando el legislador se refiere en esta parte a “la investigación”, está pensando en la investigación formalizada, ello por una cuestión lógica, no ha podido reunir antecedentes para sustentar su acusación, acusación que presuponía necesariamente la existencia de una formalización.

Este argumento referido a que la letra c) del artículo 248 del Código Procesal Penal, sólo puede ser ejercida por el Fiscal en el marco de una investigación formalizada, se ve reforzado por el inciso final del propio artículo, el cual indica que la comunicación de la decisión de no perseverar dejará sin efecto la formalización de la investigación, dará lugar a que se revoquen las medidas cautelares que se hubieren decretado y la prescripción de la acción penal continuará corriendo como si nunca se hubiere interrumpido. Como se aprecia, si se deja sin efecto la formalización con el no perseverar comunicado, es por que ésta se produjo durante el proceso.

Existe una tesis en contrario que indica que el inciso final del artículo 248 del Código Procesal Penal, tendría aplicación sólo para los casos en que existió formalización<sup>28</sup>. Sin embargo, discrepamos de ello en la medida que el legislador sólo se refiere a investigaciones formalizadas y no utiliza frases como “en su caso” o “para el caso que haya procedido formalización”. El legislador no distinguió, por lo que no correspondería diferenciar.

Otra consecuencia de la comunicación de no perseverar es que deja sin efecto las medidas cautelares decretadas. Pues bien, en conformidad a lo establecido en los artículos 230 inciso segundo del Código Procesal Penal<sup>29</sup>, artículo 140 del Código procesal penal<sup>30</sup> y artículo 155 inciso final de mismo

---

<sup>28</sup> Oficio Fiscal Nacional, N° 099, de fecha 28 de febrero del año 2005.

<sup>29</sup> Artículo 230.- “Oportunidad de la formalización de la investigación. El fiscal podrá formalizar la investigación cuando considerare oportuno formalizar el procedimiento por medio de la intervención judicial.

Cuando el fiscal debiere requerir la intervención judicial para la práctica de determinadas diligencias de investigación, la recepción anticipada de prueba o la resolución sobre medidas cautelares, estará obligado a formalizar la investigación, a menos que lo hubiere realizado previamente. Exceptúense los casos expresamente señalados en la ley”. (el subrayado es nuestro)

<sup>30</sup> Artículo 140.- “Requisitos para ordenar la prisión preventiva. Una vez formalizada la investigación, el tribunal, a petición del ministerio público o del querellante, podrá decretar la prisión preventiva del imputado siempre que el solicitante acredite que se cumplen los siguientes requisitos...”. (el subrayado es nuestro)

cuerpo legal<sup>31</sup>, sólo procede decretar medidas cautelares cuando se ha formalizado investigación. Nuevamente se aprecia que si se alzan las cautelares como efecto de la comunicación de no perseverar, es por que antes existió necesariamente una formalización.

El último efecto de la comunicación de no perseverar es que continúa corriendo la prescripción de la acción penal como si nunca se hubiera interrumpido. Como sabemos, la formalización de la investigación tiene como efecto, entre otros, que suspende el curso de la prescripción de la acción penal en conformidad a lo dispuesto en el artículo 96 del Código Penal.<sup>32</sup> Así, en principio, sólo la formalización de la investigación suspende la prescripción de la acción penal<sup>33</sup>. Por consiguiente, si la comunicación de no perseverar tiene como efecto que continuará corriendo el plazo de prescripción de la acción penal, es porque presupone que existió una formalización previa que suspendió el curso de la prescripción. Nuevamente concluimos que para que se pueda comunicar la decisión de no perseverar debe existir formalización.

Como se señaló es una práctica habitual que el Ministerio Público comunique su decisión de no perseverar en el marco de una investigación administrativa desformalizada y que además no exista oposición de la defensa. Esta práctica se ha establecido por diversas razones, entre la cuales encontramos las metas de gestión anuales de conclusión de causas que tiene el Ministerio Público, por lo que la salida de no perseverar sin formalizar permite rápidamente terminar con las investigaciones<sup>34</sup>. Por su parte, dicha práctica también favorece a los Tribunales de Garantía quienes reducen su número de audiencias y mejoran sus estándares de gestión, amen que para la defensa es incuestionable el beneficio que entrega la decisión de no perseverar, ya que con ello el Ministerio Público renuncia a su actividad persecutoria. Sin

<sup>31</sup> Artículo 155.- inciso final: "La procedencia, duración, impugnación y ejecución de estas medidas cautelares se regirán por las disposiciones aplicables a la prisión preventiva, en cuanto no se opusieren a lo previsto en este Párrafo".

<sup>32</sup> Artículo 233.- "Efectos de la formalización de la investigación. La formalización de la investigación producirá los siguientes efectos:

a) Suspenderá el curso de la prescripción de la acción penal en conformidad a lo dispuesto en el artículo 96 del Código Penal;  
b) Comenzará a correr el plazo previsto en el artículo 247, y  
c) El ministerio público perderá la facultad de archivar provisionalmente el procedimiento".

<sup>33</sup> Hay sentencias de Cortes de Apelaciones que indican que la interposición de la querrela también suspende la prescripción. SCA de San Miguel, Rol Corte N° 412-2009, de fecha 21 de abril del año 2009

<sup>34</sup> De lo contrario tendría que tener la investigación administrativa abierta hasta que se cumplan los plazos de prescripción.

embargo, desde el punto de vista normativo y de acuerdo a una interpretación sistemática, el Fiscal no está facultado para comunicar su decisión de no perseverar en el procedimiento sin que antes haya formalizado la investigación. En estricto rigor, antes de la formalización el Ministerio Público sólo realiza una investigación de tipo administrativa, respecto de la cual puede o no haber existido intervención judicial (se interpuso querrela o se pidió alguna autorización judicial en una actividad investigativa), pero no ha iniciado una investigación formal en contra de algún sujeto. Por consiguiente, no podría cerrar judicialmente una investigación que nunca se ha abierto formalmente. Entonces, si el Fiscal no puede cerrar formalmente una investigación, no existen facultades para los sujetos procesales de sobreseer, acusar o comunicar su decisión de no perseverar, porque el legislador creó dichas instituciones desde la mirada de la conclusión de una investigación formalizada y no del tipo administrativa.

Ahora bien, si el fiscal no tiene facultades para cerrar la investigación sin que exista formalización previa, pero tampoco el ente jurisdiccional puede obligarlo a formalizar la misma, el hecho quedará en estado de investigación administrativa y los plazos de prescripción seguirán corriendo. Ello trae aparejado en principio otro problema procesal y es que si el fiscal no formaliza la investigación, el querellante no podría forzar la acusación conforme lo permite el artículo 258 del Código Procesal Penal, con lo cual se le estaría, por una decisión del Ministerio Público, limitando el ejercicio de la acción penal de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 83 inciso segundo de la Constitución Política de la República<sup>35</sup>.

### **IMPUGNACIÓN DE LA RESOLUCIÓN DEL JUEZ DE GARANTÍA QUE TIENE POR COMUNICADA LA DECISIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO DE NO PERSEVERAR EN LA INVESTIGACIÓN.**

Hay que tener presente que el Código Procesal Penal disminuye la procedencia del recurso de apelación, por cuanto no es compatible con un siste-

---

<sup>35</sup> Sobre este punto de pronuncia el Tribunal Constitucional en Rol 815-2007-INA, de fecha 19 de agosto del año 2008, a propósito de la inaplicabilidad del artículo 230 inciso primero del Código Procesal Penal. Sin embargo estimo que el problema procesal no quedó resuelto por el fallo, en la medida que no se le ordena al Ministerio Público formalizar la investigación, (es discutible además si el T.C. tiene esa facultad), ni tampoco hay un pronunciamiento en el sentido de facultar al querellante a forzar la acusación sin formalización previa. <http://www.tribunalconstitucional.cl/index.php/sentencias/view/996> (visita 15.06.2009)

ma oral la existencia de recursos que buscan alterar los hechos establecidos en las audiencias<sup>36</sup>.

El Código insta la improcedencia de la apelación respecto de las resoluciones dictadas por el Tribunal de Juicio oral en lo penal y estableció que las resoluciones dictadas por el Juez de Garantía serían apelables sólo en los siguientes casos:

- Cuando pusieren término al procedimiento, hicieren imposible su prosecución o lo suspendieren por más de treinta días.
- Cuando la ley lo señale expresamente<sup>37</sup>.

La decisión de no perseverar, es una facultad privativa del Ministerio Público. Una vez que el Fiscal adopta dicha decisión deberá comunicársela al Juez de Garantía, quien dictará la siguiente resolución: "Téngase por comunicada la decisión del Ministerio Público de no perseverar en la investigación"<sup>38</sup>.

La resolución que tiene por comunicada esta decisión, en principio es inapelable. Se estima esto, porque al ser exclusiva la ponderación de la suficiencia de los antecedentes de la investigación por parte del Fiscal para sustentar su acusación, ni el Juez de Garantía, ni la Corte de Apelaciones podrían entrar a discrepar sobre la idoneidad de los antecedentes para la sustentación con resultados de éxito de una acusación en un juicio oral. Si hicieran ello, se inmiscuirían en ámbitos que son propios del Ministerio Público. Ello pareciera ser innegable. Es por esto que la mayoría de las apelaciones que se han interpuesto por los querellantes en contra de la resolución que tiene por comunicado la decisión de no perseverar, no han llegado a buen puerto<sup>39</sup>. Cuestionar en la apelación que sí son suficientes los antecedentes para acusar, porque se encuentra acreditada en la investigación la existencia del delito o porque hay antecedentes que demuestran la participación de los imputados, nos lleva necesariamente a discutir la valoración de suficiencia que ha realizado el Ministerio Público, negando la discrecionalidad tantas

<sup>36</sup> P Correa Selamé, José, "Recursos procesales penales", Edit. Lexisnexis, Santiago de Chile, 2005, p. 46.

<sup>37</sup> Artículo 370 del Código Procesal Penal.

<sup>38</sup> González García Hernán, "El recurso de apelación del código procesal penal". Santiago de Chile, Edit. Lexisnexis, 2005, p. 119

<sup>39</sup> En este sentido SCA de Temuco Rol Corte 78-2005, de fecha nueve de febrero del año 2005; SCA de Concepción, rol de Corte 526-2004, de fecha 15 de noviembre del año 2004; SCA de Rancagua Rol N°77-2007 de fecha 13 de marzo del año 2007.



veces señalada que posee el órgano persecutor en nuestra legislación. En suma, este cuestionamiento ha producido la declaración de inadmisibilidad o rechazo del recurso.

De hecho, la mayoría de la doctrina plantea que es improcedente el recurso de apelación en contra de la decisión de no perseverar que tiene el Ministerio Público, fundado en que la ponderación de los antecedentes de investigación no puede ser revisada por Tribunal Superior.

Sin embargo, la línea argumentativa que propone este trabajo, permite que, en cierto caso, la resolución que tendría por comunicada la decisión de no perseverar sea susceptible de apelación.

Veamos el contexto en que se presentaría la posible apelación de la resolución. El Ministerio Público informó su decisión de no perseverar en la investigación. El Tribunal rechazó nuestras alegaciones de improcedencia de esta decisión, que se fundamentaban que en este caso no se daban los presupuestos procesales del cierre de investigación porque la investigación no estaba formalizada. Solicitamos forzamiento de la acusación. Este es negado por el Tribunal de Garantía fundado en que no está formalizada la investigación y por el principio de congruencia no puede dar lugar a la acusación particular.

Sabemos que no podemos apelar de la resolución que rechaza el forzamiento ya que existe norma expresa que lo prohíbe<sup>40</sup>. Sin embargo, con este rechazo se ha hecho imposible la continuación del proceso, porque el Fiscal no presentará acusación, ni tampoco se ha permitido al querellante acusar particularmente. Aquí vemos que nace el fundamento de la apelación en cuanto a la naturaleza de la resolución que se impugnará y al perjuicio que ésta trae al querellante<sup>41</sup>.

Entonces se puede decir que la resolución que tiene por comunicada la decisión de no perseverar en una investigación desformalizada es una resolución que hace imposible la continuación del procedimiento, y al ocasionar

---

<sup>40</sup> Artículo 258 inciso final, código procesal penal: “La resolución que negare lugar a una de las solicitudes que el querellante formule de conformidad a este artículo será inapelable, sin perjuicio de los recursos que procedieren en contra de aquella que pusiere término al procedimiento”.

<sup>41</sup> Recordemos que el perjuicio es fundamental para impugnar una resolución judicial. Así lo establece el Artículo 352.- “Facultad de recurrir. Podrán recurrir en contra de las resoluciones judiciales el Ministerio Público y los demás intervinientes agraviados por ellas, sólo por los medios y en los casos expresamente establecidos en la ley”.

un perjuicio para el querellante, imposibilitándolo de forzar la acusación, es susceptible de recurso de apelación.

La apelación debe estar fundada, como se ha señalado en este trabajo, no sobre si la decisión está correctamente fundamentada por el Fiscal, sino porque como no se dan los presupuestos de cierre de la investigación sin la formalización de la misma, resulta improcedente por parte del Juez de Garantía tener por comunicada el abandono de la investigación y siempre y cuando no se dé lugar al forzamiento de la acusación por falta de formalización de la investigación<sup>42</sup>.

### **POSIBILIDAD DE FORZAR LA ACUSACIÓN SIN QUE EXISTA FORMALIZACIÓN PREVIA**

Reconocemos que todas las disquisiciones que se presentan en este trabajo nacen de la antinomia que presenta el proceso penal chileno al reconocerle a la víctima el derecho a la acción penal, pero limitando su ejercicio al no permitírsele al querellante forzar la acusación sin que exista formalización previa. Con esto, se está declarando que quien tiene la llave procesal para que la víctima pueda forzar la acusación y subrogarse en los derechos del Ministerio Público no es el Juez sino el propio Fiscal. Ello afecta, a nuestro parecer, el derecho a la tutela judicial efectiva de la cual goza la víctima en nuestra legislación<sup>43</sup>.

Para el desarrollo de este tema, debemos situarnos en la hipótesis que el Tribunal de Garantía ha rechazado nuestras argumentaciones referidas a la imposibilidad de cerrar la investigación y tener por comunicada la decisión de no perseverar sin que exista formalización previa.

Así, habiéndose comunicado la decisión de no perseverar por parte del Ministerio Público y siendo ésta aprobada por el Tribunal de Garantía, el querellante podrá solicitar al Juez de Garantía, en la misma audiencia en que se comunica y aprueba la decisión de no perseverar y acto seguido, que le autorice a formular la acusación correspondiente<sup>44</sup>, de la misma forma que

<sup>42</sup> En este sentido SCS Rol N° 6742-2008, de fecha 26 de febrero de 2009.

<sup>43</sup> Sobre los alcances del derecho a la tutela judicial efectiva, ver resolución del Tribunal Constitucional, Rol 1244-2008, INA, de fecha 2 de junio del año 2009, considerando decimonoveno del voto disidente.

<sup>44</sup> Sobre el requisito sine qua non de autorización judicial para el forzamiento de la acusación, SCA de Talca, Rol 427-2006, de fecha 17 de Noviembre de 2006.

lo haría el Ministerio Público (art. 258 CPP), pudiendo llegar a juicio oral<sup>45</sup>. De esta forma, el Juez de Garantía al pronunciarse sobre la petición del querellante debe hacer un juicio de mérito acerca del valor probatorio de los antecedentes reunidos y si ellos resultan o no suficientes para fundar un juicio penal, pues difícilmente aceptará que el querellante acuse si estima que no existe delito o no existen indicios serios de participación del imputado, razón por la que dentro de la argumentación del querellante se deberán acreditar estos presupuestos, con los antecedentes de la investigación que se encuentren en la carpeta del Fiscal<sup>46</sup>.

Ahora, analicemos los argumentos que puede sostener el Ministerio Público<sup>47</sup> y la defensa para oponerse a la pretensión del querellante, y algunos argumentos que se pueden dar para hacerse cargo de ellos:

Se podrá invocar como obstáculo para que el querellante pueda acusar, la falta de formalización, aduciendo que al no haber formalización no se produciría la congruencia que requiere el artículo 259 inciso final del Código Procesal Penal, entre ésta y la acusación<sup>48</sup>. Sin embargo, expresamente el artículo 248 inciso final del Código Procesal Penal, creemos, resuelve en parte el tema, al establecer como uno de los efectos de la decisión de no perseverar, precisamente, que *“se dejará sin efecto la formalización de la investigación”*. Por consiguiente, siempre que se apruebe la decisión de no perseverar, nunca existirá formalización y en consecuencia, el principio de congruencia se limita, en este caso, al que deberá existir entre la acusación particular y la sentencia definitiva, como lo exige el inciso primero del artículo 341 del Código Procesal Penal.

---

<sup>45</sup> A modo de ejemplo: causa RUC 0510016418-5 RIT 32-2006, Tribunal de juicio oral en lo Penal de Copiapó; causa RUC 0700158730-1, RIT 27-09, Tercer Tribunal de juicio oral en lo penal de Santiago. En estos procesos, la parte querellante obtuvo autorización judicial para sostener la acusación y llegó a juicio oral, sin existir formalización previa.

<sup>46</sup> Por ello, es conveniente entregar todos los antecedentes y pruebas al Fiscal, con anticipación a la realización de la audiencia.

<sup>47</sup> Los argumentos que podrá sostener el Ministerio Público se encuentran en oficio N° 024 de fecha enero 15 de 2004, referido al forzamiento de la acusación, en el cual el Fiscal Nacional entrega instrucciones a los fiscales regionales y adjuntos de todo el país [www.ministeriopublico.cl/RepositorioMinpu/Archivos/minpu/.../024%202004.doc](http://www.ministeriopublico.cl/RepositorioMinpu/Archivos/minpu/.../024%202004.doc). (visita 15.06.2009)

<sup>48</sup> Este es el primero de los dos argumentos entregados por el Fiscal Nacional en el oficio ya citado. El segundo no se refiere a la actuación del querellante, sino a la imposibilidad de que el Fiscal sea forzado por el Juez de Garantía a formalizar la investigación, cuestión que no presenta mayores conflictos.

También se podrá aducir que siendo la formalización una garantía para el imputado y al no existir ésta en forma previa se estaría afectando su derecho a conocer el contenido cierto y determinado de los hechos investigados. Estimo que este es el argumento más fuerte para minar la tesis que se presenta en este trabajo. Sin embargo, creo que en ciertos casos cuando la querella es contra persona determinada y por hechos circunstanciados y precisos, ésta puede hacer las veces de vehículo comunicador de la imputación que es sujeta de investigación. Si se aprecia, la querella tiene requisitos similares a la formalización, en ambas deben contener los hechos que constituyen el delito y la forma de participación del imputado. Ahora bien, la acusación particular deberá comprender los hechos contenidos en la querella.

Por último, resultaría contradictoria una oposición a la pretensión del querellante, basada en que no existe formalización previa, puesto que este hecho no ha sido considerado para cerrar la investigación, ni para decidir sobre la procedencia de no perseverar.

En consecuencia, aprobada la facultad de no perseverar, sin haberse formalizado la investigación, *“nace, consecuencialmente para el querellante, el derecho establecido en el artículo 258 inciso 4° del Código Procesal Penal”*<sup>49</sup>, es decir, la posibilidad de presentar y sostener la acusación.

La figura del forzamiento de la acusación tiene su origen en una norma similar contemplada en la Ordenanza Procesal Alemana, denominada “procedimiento para forzar la acusación” (Parágrafos 172-177 StPO)<sup>50</sup>. La razón de nuestro legislador para establecer esta figura de forzamiento de la acusación fue sin duda la de proteger a la víctima y *“es la cabal demostración de que en Chile el Ministerio Público no tiene el dominio de la acción penal, es decir, él no decide en forma libre si lleva adelante o no el juicio, puesto que esta facultad la comparte con el Juez de Garantías, que puede obligarle a llevar a juicio a alguien contra su voluntad”*<sup>51</sup>. En este mismo sentido, en la discusión de la ley se señaló: *“En este caso, ha parecido que la voluntad de la víctima u otro interesado habilitado, con la disposición de asumir la carga de la acusación, más la opinión favorable del juez, deben imponerse sobre la del fiscal. La solución contraria podría generar una sensación muy fuerte de*

<sup>49</sup> SCA de La Serena, Rol 364-2005, Ruc 0410009605-1, de fecha 10 de enero de 2006.

<sup>50</sup> Gómez Colomer, Juan Luis, “El Proceso Penal Alemán. Introducción y Normas Básicas”. Edit. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona, p. 154 y ss.

<sup>51</sup> Carocca, Alex y otros, “Nuevo Proceso Penal”, Edit. Jurídica Conosur, Santiago de Chile, año 2000, p. 189.

*frustración respecto del sistema y constituir un exceso de poder en manos del ministerio público”<sup>52</sup>.*

Luego, dentro de los principios generales que inspiraron el nuevo proceso penal, destaca el de *“relevar la posición de la víctima... considerándose adicionalmente la posibilidad de que el querellante pueda incluso forzar una acusación, contra la opinión del fiscal, cuando a juicio del juez de control de la instrucción exista mérito suficiente para ello”<sup>53</sup>.*

Sin embargo, me atrevería a señalar que la jurisprudencia mayoritaria<sup>54</sup> establece como requisito para que el querellante pueda solicitar que se lo faculte a subrogarse en los derechos del Fiscal y poder ejercer la acción penal pública, formulando la respectiva acusación, que debe estar primeramente formalizada la investigación por parte del Ministerio Público. Esta exigencia provoca, como se señaló, la imposibilidad de aplicar el artículo 258 inciso segundo del Código procesal penal, ya que el Ministerio Público es el único órgano que puede formalizar una investigación penal. Entonces se le está exigiendo a la parte querellante que para poder ejercer un derecho constitucional, como es que el juez lo faculte a continuar con el ejercicio de la acción penal pública, deba esperar que un órgano autónomo decida formalizar la investigación en contra del imputado. El problema en esta interpretación, se evidencia en razón que ningún particular ni órgano del Estado puede obligar al Ministerio Público a formalizar una investigación, porque es sin duda una atribución exclusiva del órgano persecutor en nuestra legislación. Pues bien, si no se puede obligar al Fiscal a formalizar investigación, nunca un querellante podrá ejercer el derecho de subrogarse en los derechos del Ministerio Público conforme lo establece el artículo 258 inciso 2 del Código Procesal Penal, sin que intervenga el consentimiento del Fiscal, con lo cual su posibilidad de forzar la acusación, estará supeditada a la decisión discrecional del Ministerio Público de formalizar previamente la investigación. En otros términos, si el Ministerio Público no formaliza la instrucción porque entiende que bajo su visión autónoma e impugnabile no hay antecedentes suficientes para comunicar una imputación determinada a través de la formalización, y

---

<sup>52</sup> Cámara de Diputados, Publicación Oficial. Redacción de Sesiones, año 1998, p. 190 y 191.

<sup>53</sup> Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que Inicia un Proyecto de Ley que Establece un Nuevo Código de Procedimiento Penal, “2) Principios básicos”, 9 de Junio de 1995.

<sup>54</sup> De hecho el mismo Tribunal Constitucional en Rol 815-2007-INA, de fecha 19 de agosto del año 2008, es del parecer que la formalización es requisito para forzar la acusación. De forma clara, SCA de Temuco, Rol N° 934-2002, de fecha 3 de septiembre del año 2007.

luego comunica su decisión de no perseverar en la investigación, el querellante jamás podrá continuar con el ejercicio de la acción pública que ha sido abandonada por el Fiscal, ya que se le exige el cumplimiento de un requisito que no depende ni directa ni indirectamente de su actuar como interviniente en el proceso, ni tampoco depende de algún órgano jurisdiccional que examine si hay arbitrariedad o no en la decisión adoptada por el Ministerio Público, por lo que se verá doblemente afectado: 1) Porque el Ministerio Público determinó abandonar el ejercicio de la acción penal; 2) Porque al abandonar el Ministerio Público la acción penal pública sin formalizar la investigación, se impide al querellante continuar con la acción penal pública en forma autónoma.

Entonces, de acuerdo a esta interpretación normativa, queda en manos del Ministerio Público el ejercicio del derecho del querellante a forzar la acusación, mediante la decisión de formalizar o no la investigación que se sigue en curso; así pues, si el órgano persecutor estima que es pertinente que el querellante continúe adelante con la acción, formalizará la investigación<sup>55</sup> y luego comunicará su decisión de no perseverar en la investigación. En este caso, el querellante podrá acusar según el criterio del Juez; caso contrario, si el Fiscal estima que no es adecuado que el querellante continúe sólo con el ejercicio de la acción penal, no formalizará nunca la investigación y comunicará su decisión de no perseverar en la investigación sin formalizar.

Es evidente que por imagen pública al Ministerio Público le incomoda que el querellante continúe en forma individual con la acción penal pública, ya que puede verse expuesto a las críticas de los ciudadanos, si el querellante consigue sentencia condenatoria en un juicio oral y público y el órgano que estaba encargado de la persecución penal prefirió no perseverar en la investigación porque estimaba que no habían suficientes antecedentes para sustentar una acusación que terminara en una sentencia condenatoria, dejando con ello de manifiesto su errada decisión.

Recordemos que la decisión del Ministerio Público de comunicar su decisión de no perseverar en la investigación, no puede ser cuestionada en cuanto al fondo porque es una atribución autónoma. Es por ello que no existen controles jurisdiccionales que determinen si está debidamente fundada la decisión de abandonar la acción, de modo que si decide arbitrariamente el Ministerio Público no perseverar y no se ha formalizado, también dicha

<sup>55</sup> La circunstancia que el Fiscal formalice la investigación y enseguida cierre y comunique la decisión de no perseverar, podrían constituir argumentos para sustentar una reclamación ante el Fiscal Regional por formalización arbitraria.

decisión arbitraria afectaría la posibilidad que la víctima y su querellante puedan continuar con la acción penal pública.

Ahora, en caso que se acepte la solicitud del querellante y se le autorice a presentar acusación, éste lo hará en los mismos términos que el Código establece para el Ministerio Público, es decir, tendrá el plazo de 10 días para presentar acusación a contar de la fecha de la autorización (art. 247 CPP), la que deberá contener los elementos señalados en el artículo 259 del Código Procesal Penal. Una vez presentada, el Juez de Garantía ordenará su notificación a todos los intervinientes y citará, dentro de las 24 horas siguientes, a la audiencia de preparación de juicio oral (art. 260 CPP).

Por otra parte, debemos recordar que en caso que se niegue lugar a la solicitud del querellante, en cuanto a sostener la acusación, dicha resolución es inapelable (art. 258 CPP). No obstante lo anterior, estimamos que es procedente el recurso de apelación respecto de la resolución que acepta la decisión del Ministerio Público de no perseverar, toda vez que, como se dijo, hace imposible su prosecución (art. 370 CPP).

## BIBLIOGRAFÍA

### *Libros*

1. Carocca, Alex y otros, *“Nuevo Proceso Penal”*, Edit. Jurídica Conosur, Santiago de Chile, año 2000. 588 p.
2. Carocca, Alex. *“Manual el nuevo sistema procesal penal”*, tercera edición, Edit. LexisNexis, Santiago de Chile, año 2005. 289 p.
3. Correa Selamé, José, *“Recursos procesales penales”*, Edit. Lexisnexus, Santiago de Chile, 2005. 444 p.
4. Duce Mauricio y Riego Cristian, *“Introducción al nuevo sistema procesal penal”*, Edit. UDP, Santiago de Chile, año 2004, 360 p.
5. Gómez Colomer, Juan Luis, *“El Proceso Penal Alemán. Introducción y Normas Básicas”*. Edit. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona, 1985.
6. González García Hernán, *“El recurso de apelación del código procesal penal”*. Santiago de Chile, Edit. Lexisnexus, 2005. 166 p.
7. Horvitz, María Inés y López Julián, *“Derecho procesal penal Chileno”* tomo I, Edit. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, año 2004. 638 p.



8. Maturana Miquel, Cristian y otros, *“Reforma procesal penal, génesis, historia sistematizada y concordada”*, tomo II, Edit. Jurídica, Santiago de Chile año 2004. 731 p.

### ***Códigos***

1. Código procesal penal y código de procedimiento penal, Editorial Lexinexis, Santiago de Chile año 2003.

### ***Páginas Web***

1. Fiscal Nacional del Ministerio Público, Oficio N° 099, de fecha 28 de febrero del año 2005, (visita 15.06.2009) [www.ministeriopublico.cl/RepositorioMinpu/Archivos/Minpu/Selección%20de%20casos/099.doc](http://www.ministeriopublico.cl/RepositorioMinpu/Archivos/Minpu/Selección%20de%20casos/099.doc).
2. Fiscal Nacional del Ministerio Público Oficio del N° 024 de fecha enero 15 de 2004. (visita 15.06.2009) [www.ministeriopublico.cl/RepositorioMinpu/Archivos/minpu/.../024%202004.doc](http://www.ministeriopublico.cl/RepositorioMinpu/Archivos/minpu/.../024%202004.doc)
3. Tribunal Constitucional, sentencia Rol 815-2007-INA, de fecha 19 de agosto del año 2008, ( visita 15.06.2009) <http://www.tribunalconstitucional.cl/index.php/sentencias/view/996>

